



Roj: **SAP GC 421/2014 - ECLI:ES:APGC:2014:421**

Id Cendoj: **35016370042014100108**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **4**

Fecha: **28/03/2014**

Nº de Recurso: **374/2012**

Nº de Resolución: **155/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA ELENA CORRAL LOSADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

Illtmos. Sres.-

MAGISTRADOS: Doña María Elena Corral Losada (Ponente).

Don Jesús Angel Suárez Ramos.

Dña. Margarita Hidalgo Bilbao.

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a 28 de marzo de 2014;

VISTAS por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Bartolomé de Tirajana en el procedimiento referenciado (Juicio Ordinario nº 807/2007) seguido a instancia de D. Juan Enrique y Dña. Flor, parte apelada, representados en esta alzada por la Procuradora Dña. MARÍA DEL MAR MONTESDEOCA CALDERÍN y asistidos por el Letrado D. RICARDO MATÍAS TORRES, contra AGRÍCOLA MOGÁN SOL, parte apelante, representada en esta alzada por la Procuradora Dña. RUTH ARENCIBIA AFONSO y defendida por el Letrado D. JULIO ALONSO CALERO, siendo ponente la Sra. Magistrada Doña María Elena Corral Losada, quien expresa el parecer de la Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia No. 2 de San Bartolomé de Tirajana se dictó sentencia en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece:

« ESTIMAR la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, Doña María del Mar Montesdeoca Calderín en nombre y representación de Doña Flor y de Don Juan Enrique, contra la entidad mercantil Agrícola Mongasol, S.L., declarando el derecho de los actores a retraer la finca descrita en el hecho primero de la demanda y condenando a la entidad demandada a que en breve término otorgue escritura de venta a favor de los actores en las mismas condiciones en que adquirió la mencionada finca, bajo apercibimiento de ser otorgada de oficio si así no lo hiciera y con expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte demandada.»

SEGUNDO.- La referida sentencia, de fecha 18 de octubre de 2010, se recurrió en apelación por la parte demandada, interponiéndose tras su anuncio el correspondiente recurso de apelación por la representación de Dña. Ruth Arencibia Afonso. Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso alegando cuanto tuvo por conveniente, y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, se señaló al efecto día y hora para la vista y deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la demandada contra la sentencia que estimó la acción de retracto de colindantes formulada, alegando error en la valoración de la prueba por entender que el destino primordial de la finca de que es propietaria la parte actora y en la que justifica el ejercicio de la acción de retracto es el de vivienda y no el agrario o rústico, sin que en la finca se realice explotación agraria alguna y habiéndose plantado un pequeño número de árboles frutales (varios cítricos, algún aguacatero y unas pocas plantas de platanera) ya después de formulada la demanda, sin que el demandante sea agricultor ni exista explotación agraria alguna en su finca, ocupada en más del 75% de la parcela con un chalet de varias plantas, garaje y otras edificaciones con piscina. Insiste en que existe un accidente geográfico entre la parcela del demandante y la objeto de retracto, con un desnivel entre ellas, vertical, de 10 metros o más, añadiendo que el demandante también era lindante de la finca adquirida, que en realidad él sí se dedica a la agricultura de manera profesional, además de ser el arrendatario de la finca.

SEGUNDO.- El recurso debe ser estimado. Examinada la totalidad de la prueba, pero especialmente las fotografías obrantes en autos de la finca del demandante así como el informe pericial de la parte demandada (totalmente claro y expresivo de que la práctica totalidad de los frutales existentes en la finca se han plantado un año antes del mes de mayo de 2009, es decir, con posterioridad a la presentación de la demanda, sin que la parte demandada haya acreditado que pretendida "explotación" agraria desempeñaba en la finca al tiempo de ejercitarse la acción), la Sala comparte la valoración hecha por el demandado en el sentido de que la finca propiedad del retractante no se destina primordialmente a la agricultura, ni en ella se desarrolla una explotación agraria sino que se destina a vivienda, que el demandante que no es agricultor profesional simplemente entretiene su tiempo libre plantando en la parte de terreno libre que queda de su parcela ocupada mayoritariamente por edificaciones destinadas a vivienda y construcciones auxiliares de ella, sin que efectúe propiamente una explotación agraria (y prueba de ello es que no consta que haya enajenado a ningún tercero la producción de la finca, que al parecer se dedica al autoconsumo de la familia del demandante).

Desde que la finca no se destina efectivamente a una explotación agraria y su destino es mucho más conforme con un uso urbano como es el de vivienda (aun cuando la vivienda se encuentre en una zona claramente agraria), resulta irrelevante que el Ayuntamiento mantenga la calificación urbanística de rústica, o que el mismo destino conste en el Registro de la Propiedad, ya que no concurren las razones que justifican la limitación del dominio que el sometimiento al derecho de retracto comporta. Máxime en un supuesto como el presente en el que la sociedad adquirente de la parcela es la arrendataria de la misma que sí realiza una explotación rústica de la misma, y que realiza también explotación rústica de otras fincas colindantes de las que no es propietaria AGRÍCOLA MOGAN SOL pero sí lo es quien es su accionista mayoritario.

Y es que, como ya expusimos en nuestra sentencia de 15 de noviembre de 2011 :

SEGUNDO.- En orden a resolver el recurso de apelación, debe analizarse con carácter previo la finalidad del retracto de colindantes previsto en el art. 1523 CC , y a este respecto, como recuerda la sentencia del TSJ de Navarra, de 21 de febrero de 2003 , RJ 2003, 4447, viene siendo interpretado por constante jurisprudencia en el sentido de que el legislador pretende la unión de las fincas colindantes , en aras a una mejor producción agrícola y no a trasladar las plusvalías de la venta de fincas del tercero adquirente al propietario colindante .

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1997 (RJ 1997, 2918), con cita expresa de la de 22 de enero de 1991 (RJ 1991, 307) declara que es doctrina jurisprudencial de dicha Sala que la finalidad del retracto de colindantes es facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial rústica -minifundismo- allí donde tal exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza; finalidad expresada que debe presidir la interpretación del artículo 1523 del Código Civil y que como todos los retractos legales, y lo es el de fincas rústicas colindantes , son limitaciones de tal clase de propiedad, a modo de cargas de derecho público, pues aunque pueden redundar en provecho de particulares, están motivadas por el interés general, por lo que habrá de orientarse la cuestión a cada caso concreto, a fin de que se obtenga el resultado querido por el legislador.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1201), con cita de las de 25 de noviembre de 1895, 11 de febrero de 1991, 5 de junio de 1945 (RJ 1945, 697), 17 de diciembre de 1958 (1958, 4199) y 31 de mayo de 1959 (RJ 1959, 2909) declara que la justificación del retracto de colindantes viene a ser el interés público a fin de evitar la excesiva división de la propiedad y no la de satisfacer aspiraciones de mejoramiento económico, más o menos legítimas, de los particulares, prevaleciendo el interés de la agricultura, y que esta finalidad es la que debe presidir la interpretación del artículo 1523, por lo que esta clase de retracto actúa como carga de derecho público que limita la propiedad, motivada por el interés general, como lo expresó la Sentencia de dicho Tribunal de 22 de enero de 1991 .



"Subsumiendo la doctrina preinserta en los requisitos exigidos para dar lugar al retracto de colindantes , éstos son de doble carácter, que se trate de predios rústicos, no urbanos, y que la finalidad perseguida tenga el citado carácter de interés público, presidido por el fomento de la riqueza de las explotaciones agrícolas, que se ve perjudicado por el minifundismo, frente a lo que puede oponerse el retracto de colindantes , tendente a agrupar fincas que se hallen en dicha posición que redundará en una mayor racionalidad en la explotación agraria; huyendo, por tanto, de cualquier pretensión de rentabilidad económica, de otro signo, al colindante , que, aunque legítima, no se halla en la justificación que da lugar a la norma."

Como indica la sentencia de la AP de La Coruna de fecha 13 de mayo de 2005, RJ 2005, 2261, "la finalidad del retracto de colindantes es facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad de las fincas rústicas, corrigiendo el minifundio, porque este exceso (como sucede en Galicia) ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza. Finalidad expresada por el legislador que debe presidir siempre la interpretación del artículo 1523 del Código Civil (LEG 1889, 27); pues el retracto de colindantes , como los demás legales, son limitaciones de la propiedad a modo de cargas de derecho público, que están motivadas por el interés general, aunque puedan redundar en provecho de satisfacer aspiraciones de mejoramiento económico, más o menos legítimas, de los particulares [ Ts. 20 de julio de 2004 (RJ 2004 , 4350), 12 de febrero de 2000 ( RJ 2000, 1201), 31 de octubre de 1997 ( RJ 1997, 7622), 18 de abril de 1997 ( RJ 1997, 2918), 10 de diciembre de 1991 ( RJ 1991, 8925), 22 de enero de 1991 ( RJ 1991, 307), 29 de octubre de 1985 ( RJ 1985, 5090), 17 de diciembre de 1958 ( RJ 1958, 4199), 17 de diciembre de 1955 (RJ 1955, 224 ), y 5 de junio de 1945 (RJ 1945, 697)]."

"Es por ello que ha sido una constante en la doctrina jurisprudencial el verificar que la finalidad del retracto es una mejora agrícola; por lo que se ha exigido que se demuestre que la acción de retracto persigue la unión de pequeños predios rústicos a fin de suprimir el minifundio y mejorar la producción agrícola; rechazando la acción en supuestos en los que se trata de parcelas sin cultivar, tanto la del retrayente como la retraída, pues no se justifica la excepción del retracto como limitación del dominio, amparada en el fin de la función social que ha de tener la propiedad privada según el artículo 33.2 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), y lo que proclama el artículo 3.1 del Código Civil (LEG 1889, 27) cuando dice que las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. E incluso se ha llegado a sostener que la carencia de la profesión de agricultor ya bastaría por sí sola para hacer ineficaz su pretensión, pues la finalidad del retracto de colindantes no es otra que la de favorecer la agrupación de pequeñas parcelas para hacer más rentable el cultivo, eliminando el minifundio, lo que aquí no se logra por ser otro el destino dado a las fincas colindantes . Así lo establecen las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2004 ( RJ 2004, 4350), 31 de octubre de 1997 ( RJ 1997, 7622), 14 de noviembre de 1991 ( RJ 1991, 8114), 29 de octubre de 1985 (RJ 1985, 5090)]"

En este sentido, declara la Sentencia de la AP de Burgos de 2 de marzo de 2007 , (RJ 2007, 757), que "la jurisprudencia del Tribunal Supremo- SS. 19 de octubre 1981 ( RJ 1981, 3807), 29 octubre 1985 ( RJ 1985, 5090), 22 de enero 1991 ( RJ 1991,307), 31 octubre 1997 ( RJ 1997, 7622), 18 abril 1994 y 20 julio 2004 (RJ 2004, 4350) ha aplicado con rigor el criterio interpretativo del espíritu y finalidad de las leyes que establece el art. 3-1 CC (LEG 1889, 27) en relación al art. 1523 CC y con referencia a su Exposición de Motivos para el desarrollo de la riqueza, y por ello el retracto de colindantes solo prospera cuando mediante su ejercicio no solo se suprima el minifundio sino que se mejore la producción agrícola; sin que baste el deseo de satisfacer un interés económico mediante la ampliación de una finca, lo que puede presumirse por este hecho material, de modo que debe probarse una mejora significativa de la producción agrícola, que justifique la subrogación legal en la venta consumada, colocándose en lugar del comprador inicial. Debe concurrir, pues, la satisfacción de un interés general o público representado por la obtención de un mejor aprovechamiento rústico de la finca del retrayente, agrícola, forestal o ganadera, y de una entidad significativa, porque la viabilidad de la acción de retracto no se agota, taxativamente, en los requisitos enunciados por los artículos 1523 y 1524 CC , sino en su concordancia con la finalidad perseguida por el legislador".

A los efectos del retracto de colindantes , la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8114), con cita de las de 8 de mayo de 1944 (RJ 1944, 664), 4 de octubre de 1947, 10 de junio de 1954 (RJ 1954, 1869) y 7 de noviembre de 1957 declaró que el predio rústico se distingue fundamentalmente del urbano:

- a) por su situación o emplazamiento, en el campo o en la población;
- b) por el aprovechamiento o destino -explotación agrícola, pecuaria o forestal, frente a vivienda, industria o comercio-;
- c) por la preponderancia de uno de estos elementos, si ambos concurren en un mismo predio o por la relación de dependencia que entre ellos exista, como principal el uno y accesorio el otro, sin que, por otro lado afecte a la hermenéutica en la interpretación de la norma sean decisivos los datos derivados de la inscripción en un



registro público o la clasificación administrativa como suelo no urbanizable, como en tal sentido lo expresó la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1997 (RJ 1997, 2918).

Concretamente, los Tribunales han desestimado la acción en supuestos en que, si bien la finca tiene la clasificación como rústica y consta el hecho de hallarse cultivada, el retracto legal pretendido no tiene como referente ni el interés público tendente a evitar el minifundismo u otras situaciones según las cuales la sucesiva división de la tierra pueda tener efectos nocivos sobre las explotaciones agrarias, ni tampoco hallarnos ante una real y efectiva parcela rústica, pues se trata de un terreno rodeado de actuaciones urbanísticas y con clara y evidente vocación en tal sentido, lo que denota, de modo decisivo, el alto importe abonado por su adquisición, ajeno al valor ordinario del usual agrícola en la zona, con independencia de la clasificación urbanística otorgada a la parcela, alterable mediante los usuales procedimientos de modificación puntual del planeamiento, y de que en el momento en que se tramitó el procedimiento estuviere aquélla en cultivo, lo que enerva la posibilidad de ejercitar con éxito el pretendido retracto legal, habiéndose ponderado asimismo la proximidad a casco urbano, o a vía de comunicación, su clara vocación urbanística o adosada al desarrollo urbano que se viene produciendo en sus proximidades, determinando que su adquisición esté motivada por dichas expectativas, y el retracto intentado se halle totalmente ajeno a la mayor rentabilidad o mejora de las explotaciones agrícolas.

Como antes se expresó, la finalidad de este retracto se concreta en un doble objetivo, acabar con la división excesiva de la propiedad rústica o minifundismo, y mejorar la producción agrícola, de modo que en la interpretación de lo que debe entenderse por colindante a efectos de este retracto, deben utilizarse los principios mencionados, es decir, deberá estarse al interés general o interés público que preside esta figura de acabar con el excesivo minifundio y de mejorar la agricultura, sin que baste a estos efectos la simple colindancia física, y en este sentido debe interpretarse el requisito de que la acción no se dirija contra otro propietario colindante que tenga el mismo interés que el demandante ( SS.TS. de 8 de marzo de 1901, 1 de diciembre de 1902, 23 de noviembre de 1943, de 19 de octubre de 1981, de 23 de febrero de 1982 ).

Por otra parte, con relación al plazo legal de nueve días, la jurisprudencia es constante en el sentido de que se han de contar desde que el retrayente tuviera conocimiento de la venta antes de la inscripción registral, salvo que ese conocimiento fuese posterior a ésta ( SS.TS. de 30 de octubre de 1990, 21 de julio de 1993 ), pero también ha declarado que el conocimiento de ser cabal y completo, no sólo de la venta sino también de sus condiciones, sin que baste la noticia de haberse efectuado, pues ha de ser claro, preciso y sin aspectos dudosos ( SS.TS. de 21 de marzo de 1990, 20 de mayo de 1991, 28 de febrero de 1992 ).

TERCERO.- La estimación del recurso comporta la desestimación de la demanda, con imposición a la parte demandante de las costas causadas en la primera instancia y sin que proceda hacer especial imposición de las de la alzada, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la LEC .

Y en virtud de todo lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

## FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de AGRÍCOLA MOGAN SOL, S.L. y revocando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de San Bartolomé de Tirajana el 18 de octubre de 2010 en autos de juicio ordinario Nº 807/2007 debemos revocarla, desestimando totalmente la demandada formulada por D. Juan Enrique y DÑA. Flor, a quienes se condena al pago de las costas causadas en la primera instancia sin que proceda hacer especial imposición de las de la alzada.

Llévese certificación de la presente resolución al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes, y con certificación de la misma, devuélvanse los autos al Juzgado de Procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, siendo Ponente la Ilma. Sra., Dña. María Elena Corral Losada, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Certifico.